

RV: CONCEPTO PROCURADURÍA CASACIÓN 58076

Secretaria Sala Casacion Penal <secretariacasacionpenal@cortesuprema.ramajudicial.gov.co>

Jue 14/10/2021 2:16 PM

Para: Dibey Marcela Robayo Rocha <marcelarr@cortesuprema.gov.co>

Sustentación - Casación 58076

De: Milton Alirio Bayona Avella <mbayona@procuraduria.gov.co>

Enviado: jueves, 14 de octubre de 2021 11:10 a. m.

Para: Secretaria Sala Casacion Penal <secretariacasacionpenal@cortesuprema.ramajudicial.gov.co>

Asunto: CONCEPTO PROCURADURÍA CASACIÓN 58076

Buen día, adjunto envío concepto de la Procuraduría 2ª Delegada para la Casación Penal dentro de la Casación N.º 58076.

Por favor confirmar recibido...



Milton Alirio Bayona Avella

Sustanciador Grado 9

Procuraduría 2 Delegada Casación Penal

mbayona@procuraduria.gov.co

PBX: +57 601 587-8750 Ext IP: 12615

Línea Gratuita Nacional : 01 8000 940 808

Cra. 5ª. # 15 - 80, Bogotá D.C., Cód. postal 110321

De: Dibey Marcela Robayo Rocha <marcelarr@cortesuprema.gov.co>

Enviado el: miércoles, 22 de septiembre de 2021 10:35 a. m.

Para: Ingrid Riaño <coordelegada.corte@fiscalia.gov.co>; Jorge Hernan Diaz Soto <jorgeh.diaz@fiscalia.gov.co>; John Byron Medina Montañez <jhon.medina@fiscalia.gov.co>; diana.andrade@fiscalia.gov.co; Milton Alirio Bayona Avella <mbayona@procuraduria.gov.co>; Maryluz Henao Restrepo <mhenaor@procuraduria.gov.co>

Asunto: OFICIO 38002- NOTIFICACIÓN CASACIÓN 58076 (FAVOR ACUSAR RECIBIDO)

Buen día,

Agradezco acusar recibido de la información-.

AVISO DE CONFIDENCIALIDAD: Este correo electrónico contiene información de la Rama Judicial de Colombia. Si no es el destinatario de este correo y lo recibió por error comuníquelo de inmediato, respondiendo al remitente y eliminando cualquier copia que pueda tener del mismo. Si no es el destinatario, no podrá usar su contenido, de hacerlo podría tener consecuencias legales como las contenidas en la Ley 1273 del 5 de enero de 2009 y todas las que le apliquen. Si es el destinatario, le corresponde mantener reserva en general sobre la información de este mensaje, sus documentos y/o archivos adjuntos, a no ser que exista una autorización explícita. Antes de imprimir este correo, considere si es realmente necesario hacerlo, recuerde que puede guardarlo como un archivo digital.

*******NOTICIA DE CONFORMIDAD******* Este mensaje (incluyendo cualquier anexo) contiene información confidencial de la Procuraduría General de la Nación y se encuentra protegida por la Ley. Sólo puede ser utilizada por el personal o compañía a la cual está dirigido. Si usted no es el receptor autorizado, o por error recibe este mensaje, favor borrarlo inmediatamente. Cualquier retención, difusión, distribución, copia o toma de cualquier acción basada en ella, se encuentra estrictamente prohibido.



Bogotá D.C., 14 de octubre de 2021
Concepto – PSDCP – N°. 53 –MATV–

Señores Magistrados
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN PENAL
Magistrado Ponente Dr. LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA
E. S. D.

Ref: Recurso de Casación

Radicado: 58.076

Procesado: CAMILO ANDRÉS GONZÁLEZ MEJÍA

Teniendo en cuenta la competencia conferida a la Procuraduría General de la Nación en el artículo 277-7 de la Carta Política, en mi condición de Procurador Segundo Delegado para la Casación Penal, presento concepto en defensa del orden jurídico y de los derechos y garantías de los intervinientes, dentro de la sustentación de la demanda presentada por el defensor del procesado, contra la providencia emitida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, mediante la cual confirma la sentencia condenatoria proferida en primera instancia por el Juzgado Cuarenta y Nueve Penal del Circuito de Bogotá, declarando responsable a CAMILO ANDRÉS GONZÁLEZ MEJÍA, como autor del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefaciente, en la modalidad de llevar consigo, previsto en el artículo 376, inciso 2 del Código Penal.

1. HECHOS

Los hechos fueron descritos en el escrito de acusación, así: *“La situación fáctica fue descrita por el policía captor de nombre JHON ARGENIS CORREA identificado con la c. de c. 88.229.265 de Cúcuta-Norte de Santander, adscrito al CAI – La Alhambra intendente de vigilancia, residente en la calle 18 D bis A No. 96G-27, teléfono 301-3408499, quien indico que el día 25-09-17 a las 23:59 horas, se encontraba patrullando en la vía pública del sector de la cra. 53 con calle 122 de esta ciudad, cuando observó a un transeúnte en actitud sospecha y le solicitó un registro, el cual ante esa circunstancia emprendió la*



huida en el acto y botó dos paquetes a la vía, motivo por el cual los recogió y cuando se dio cuenta de su contenido –sustancia estupefaciente-, el implicado alegó que era para su dosis personal, circunstancia que originó su aprehensión.

En relación con la prueba de P.I.P.H. sobre la sustancia incautada, esta arrojó los siguientes guarismos, dando positivo para marihuana y sus derivados y como peso bruto: 1093 gramos y peso neto: 996.7 gramos.”

2. DEMANDA PRESENTADA POR EL DEFENSOR

CARGO PRIMERO

El censor invoca la causal primera del artículo 181 de la Ley 906 del 2004, al considerar que el juzgador de segunda instancia profirió fallo condenatorio, incurriendo en violación directa de la ley sustancial por haber aplicado indebidamente los artículos 376 y 381 de la normatividad en cita.

CARGO SEGUNDO

El recurrente parte de la causal tercera ibídem, por estimar que el Tribunal Superior de Bogotá incurrió en falso juicio de raciocinio al transgredir las reglas de la experiencia y de la sana crítica, en la apreciación probatoria.

3. CONCEPTO DE LA DELEGADA

CARGO PRIMERO

El recurrente se fundamenta en la primera causal ibídem, al considerar que el Tribunal Superior de Bogotá incurrió en la violación directa de la ley sustancial, al interpretar de manera indebida el artículo 376 del Código Penal, en cuanto al verbo rector “llevar consigo”, toda vez que, la doctrina jurisprudencial de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha establecido que esta conducta no constituye responsabilidad penal cuando el actor tenga la intención de consumir; si por el contrario, el porte esta pre ordenado a venta o tráfico de estupefacientes, entonces, su conducta ha de ser reprochable.

Es evidente que el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, expresado en el artículo 376 del Código Penal ha tenido una evolución jurisprudencial, en referencia al aspecto subjetivo de la conducta,



especialmente, cuando el verbo rector acusado es “llevar consigo”, donde se ha establecido, que el agente puede portar una cantidad adicional de la permitida por la dosis personal, siempre que este destinada para el consumo. Sin embargo, si se llegará a demostrar que dicho porte tenga la de la comercialización y venta de estupefacientes, la conducta será típica.

Ante estas precisiones, la Sala de Casación Penal¹ ha establecido que en los casos de porte de estupefacientes, el ente acusador debe probar un ingrediente adicional; es decir, a parte de acreditar el verbo rector “llevar consigo” la sustancia alucinógena sin importar la cantidad, así supere la dosis permitida, deberá demostrar la intención del actor para comercializar y vender el mismo, de lo contrario, se presumirá que el porte tiene la finalidad de consumo, y por tanto, la conducta es atípica.

Con base en lo anterior, el recurrente argumenta que la fiscalía no demostró el ingrediente normativo adicional, que trata sobre la intención del procesado en comercializar la sustancia incautada, pues la misma estaba destinada al consumo, al haberse demostrado que su prohijado trataba de una persona consumidora de estas sustancias, y lo único que buscaba era provisionarse de la misma.

De las pruebas allegadas de la defensa, respecto del testimonio del psicólogo LUIS ALEJANDRO ROCHA AFANADOR, y las certificaciones de las fundaciones Semilla de Vida, Caminos de Esperanza, y Libertad y Génesis, que buscan ayudar a personas con problemas de adicción, acreditaron que el procesado trata de una persona con trastornos que le inducen a consumir sustancias estimulantes, como el cannabis o la cocaína, siendo una persona consumidora habitual.

Por otro lado, frente a la intencionalidad del procesado para comercializar la sustancia incautada, el ente acusador no aportó pruebas suficientes para acreditarlo, como quiera que, de las evidencias aportadas por la fiscalía solo se encuentra el testimonio de FERNANDO PALOMINO ROJAS, uniformado que realizó la requisita y adelantó la captura en flagrancia del acusado; quién solamente afirmó que al momento de solicitar la inspección personal salió huyendo del lugar, deshaciéndose de dos bolsas de marihuana, pero en ningún momento manifestó que estuviera vendiendo o comercializando la droga, incluso, tal como afirma el censor, tampoco se encontraban en un lugar

¹ Corte Suprema de Justicia Sala Penal. Rad. 55922, sentencia del 30 de junio del 2021, M. P. Diego Eugenio Corredor Beltrán.



reconocido como expendio de drogas, simplemente estaba pasando por el lugar.

Con lo anterior, es claro que el ente acusador demostró el porte del estupefaciente, pero no acreditó como segunda medida, la intencionalidad del actor para traficar la marihuana incautada; e incluso trata de probarla con indicios y presunciones que no están soportadas con ninguna evidencia tangible.

Ante tal panorama, se considera que la fiscalía no incorporó al proceso suficientes evidencias para demostrar que el alucinógeno incautado estuviera destinado a la comercialización o al tráfico, por tanto, no se cumple con el ingrediente exigido por la doctrina jurisprudencial de la Sala de Casación Penal dispuesto para el injusto de porte de estupefacientes, apoyando así, esta Delegada, los argumentos y pretensiones del recurrente, al evidenciarse que los juzgadores de ambas instancias interpretaron de manera errónea el artículo 376 del Código Penal.

En tales condiciones, debería casarse el fallo confutado, para en su lugar, proferir uno de remplazo en el que se absuelva al procesado en relación con una conducta cuyo contenido de injusto no fue acreditado, como era su obligación, por parte del ente acusador.

CARGO SEGUNDO

En lo que atañe al segundo cargo considera igualmente esta Delegada que asiste razón al recurrente en casación, por cuanto si bien probatoriamente existen circunstancias suficientemente acreditadas en los autos, tales como la actitud observada por el implicado al ser requerido por la autoridad, y la cantidad de sustancia estupefaciente decomisada, ellas no se bastan por sí mismas para ostentar la calidad de indicios graves y necesarios que se requerirían para fundamentar un fallo de condena.

En efecto, sobre el particular se cuenta con el testimonio del policial FERNANDO PALOMINO ROJAS, pero, se insiste, mal puede otorgarse al mismo la base suficiente para configurar un indicio en los términos propuestos en el fallo confutado. Solo hasta época relativamente reciente se ha despojado al porte de sustancia estupefaciente de un contenido de antijuridicidad material estrictamente vinculado al simple porte, tal y como se analizó en el acápite precedente.



Solo ya una reiterada jurisprudencia ha permitido dilucidar que resulta necesario por parte del ente al que corresponde la carga de demostrarlo, que ese simple porte o “llevar consigo” se encuentra íntimamente relacionado con la distribución o venta del material, para que pueda reputarse la puesta en peligro del bien jurídico tutelado, esto es, la salubridad pública.

Si remitimos la situación al plano de lo cotidiano, la experiencia destacada en las instancias continúa sugiriendo que las sustancias estupefacientes, su tenencia y consumo, continúan enmarcadas dentro de un discurso en el que prima la reprobación o el repudio social, y no resulta insólito que tales actividades se sigan ejerciendo al amparo de la reserva y se desarrolle en ámbitos especialmente privados, que ubiquen al portador o consumidor a salvo de la percepción externa del resto de los ciudadanos.

Lógico que una situación así planteada, siga generando en quien se dedica a tales actividades, actitudes de temor o de evasión ante la presencia de una autoridad que eventualmente puede requerirlo y en quien continúa incólume la percepción de que el porte de sustancias estupefacientes, comporta de por sí algo contrario a derecho, que impone su judicialización inmediata.

No resulta extraño, en tal contexto, que la reacción del sorprendido en posesión de tal clase de material, no sea la de observar absoluta tranquilidad o desinterés ante algo que no le significaría alguna respuesta por parte de dicha autoridad, que comporta la más de las veces la limitación de la libertad motivada por una aprehensión en flagrancia.

De manera que la construcción² adelantada en las instancias no ostenta en realidad el carácter de indicios inequívocamente demostrativos del contenido de injusto que acompañaba al comportamiento de GONZÁLEZ MEJÍA al momento de ser sorprendido, porque pudo remitirse simplemente a una reacción normal frente a algo que podía significarle consecuencias adversas para su libertad y para el normal desarrollo de su discurrir cotidiano.

Por manera que, desde este punto de vista, también estaría llamado a prosperar el segundo cargo propuesto, de no agotarse la decisión de la Corte en la acogida del primero, previamente abordado. Y por la misma razón,

² Corte Suprema de Justicia Sala Penal. Rad. 31338, sentencia del 22 de junio del 2009, M. P. Yesid Ramírez Bástidas. Censura de indicios, por error de hecho derivado de falsos juicios por suposición en contra el hecho indicador.



debería casarse igualmente la sentencia impugnada y procederse a la absolución del procesado mediante el fallo de remplazo correspondiente.

Colorario de lo anterior, esta Delegada solicita respetuosamente de la Honorable Sala que proceda a CASAR el fallo impugnado y en su reemplazo profiera sentencia absolutoria.

De los Señores Magistrados,



JAIME GUTIÉRREZ MILLÁN
Procurador Segundo Delegado para la Casación Penal (E)